

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

LAISA SANTOS AMARAL ROLIM

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO GARANTIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS E SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA A CONVERSÃO DA
PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA**

**JOÃO PESSOA
2019**

LAISA SANTOS AMARAL ROLIM

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO GARANTIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS E SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA A CONVERSÃO DA
PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Dr. Gustavo Barbosa de
Mesquita Batista

**JOÃO PESSOA
2019**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

R748a Rolim, Laisa Santos Amaral.

Audiência de custódia enquanto garantia de direitos fundamentais e sua imprescindibilidade para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva / Laisa Santos Amaral Rolim. - João Pessoa, 2019.

56 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Audiência de custódia. 2. Direitos Humanos. 3. Direito Penal. 4. Direito Processual Penal. 5. Medidas Cautelares. 6. Combate à tortura. 7. Presunção de inocência. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

LAISA SANTOS AMARAL ROLIM


**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA ENQUANTO GARANTIA DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS E SUA IMPRESCINDIBILIDADE PARA A CONVERSÃO DA
PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Graduação em
Direito de João Pessoa do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade
Federal da Paraíba como requisito parcial
da obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de
Mesquita Batista

DATA DA APROVAÇÃO: 03 DE MAIO DE 2019

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)


Prof. Ms. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)


Prof. Dr. ROMULO RHEMO PALITOT BRAGA
(AVALIADOR)

A ELE, TODA HONRA E TODA GLÓRIA.

*“A gente vive errando em relação ao próximo e
o jeito é pedir desculpas sete vezes por dia:
‘Oh, I beg your pardon’ Pois viver é falar de
corda em casa de enforcado. Por isso te digo,
para tua sabedoria de bolso: se gostas de gato,
experimenta o ponto de vista do rato. Foi o que
o rato perguntou à Alice: “Gostarias de gato se
fosses eu?”*

**Para Maria das Graças, de Paulo Mendes
Campos**

RESUMO

A presente monografia visa a análise da eficácia da audiência de custódia e da sua necessidade após a prisão em flagrante. A justificativa para escolha do tema está no fato de que o Brasil possui um grande percentual da população carcerária composto por presos provisórios, sendo que, ainda assim, uma quantidade considerável dos que respondem ao processo presos sequer são condenados à pena privativa de liberdade. Para tanto, o estudo debruçar-se-á sobre as opiniões doutrinárias no que concerne ao instituto em comento, bem como sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, para viabilizar a compreensão da efetividade da audiência de apresentação desde sua implementação em 2015, foi feita uma coleta de informações através de dados já coletados por alguns órgãos, como o Instituto de Defesa do Direito de Defesa, o Departamento Penitenciário Nacional e o Conselho Nacional de Justiça. Assim, o objetivo principal é justamente verificar a garantia de direitos fundamentais através da audiência de custódia – como a presunção de inocência e o devido processo legal – e a sua imperatividade para realização na realidade processual brasileira. Assim, como dito, o presente trabalho utilizou como metodologia a análise e comparação de dados e o estudo das posições doutrinárias distintas, fazendo um contraponto entre ambos e o entendimento jurisprudencial atual. De tudo que foi observado, verificou-se que a audiência de custódia tem desempenhado um papel importantíssimo na aplicação das medidas cautelares pertinentes a cada caso concreto – contribuindo para a redução do percentual de pessoas que respondem presas ao processo, em consonância com a presunção de inocência e combatendo o cenário brasileiro punitivista –, mas ainda não atingiu satisfatoriamente, conforme demonstram os dados, o seu objetivo de combate à tortura. Contudo, sua aplicação goza de imperatividade, não se tratando de mera recomendação às autoridades brasileiras, tendo em vista a ratificação do Pacto de San José da Costa Rica desde 1992 pelo Brasil e sua completa compatibilidade com o que dispõe a legislação processual penal e, sobretudo, constitucional; através da audiência de apresentação, aliás, é que os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa veem-se verdadeiramente concretizados à luz do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Direitos Humanos. Direito Penal. Direito Processual Penal. Medidas Cautelares. Combate à Tortura. Presunção de Inocência.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	10
2.1 A ORIGEM DO INSTITUTO DO <i>HABEAS CORPUS</i> E A APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA	12
2.2 APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE E O ADVENTO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA... 15	
2.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA RESOLUÇÃO 213/2015 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	20
3 ASPECTOS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS DA PRISÃO EM FLAGRANTE	24
3.1 O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA APÓS A PRISÃO EM FLAGRANTE.....	29
3.2 APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO APÓS A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	32
4 EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E REPERCUSSÕES NA FASE PRÉ- PROCESSUAL	36
4.1 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	36
4.1.1 Dados obtidos desde a implantação da audiência de custódia no Brasil ...	39
4.1.2 Garantia de direitos fundamentais e combate à tortura.....	43
4.2 ILEGALIDADE DA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA SEM A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	47
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

A audiência de custódia nada mais é do que uma fase pré-processual em que o preso em flagrante será apresentado ao juiz, dentro do prazo pré-estabelecido, a fim de que este venha a investigar eventual violência e maus tratos no ato da prisão e, em seguida, avalie a legalidade da prisão, aplicando a medida cautelar cabível (ou conceda-lhe a liberdade provisória). É, então, a finalidade precípua do instituto a proteção do indivíduo preso à luz da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa; prerrogativas estas que derivam da própria condição de pessoa humana.

Sua previsão legal em nosso ordenamento jurídico remonta desde 1992 quando da ratificação do Pacto de San José da Costa Rica pelo Brasil, e, não obstante sua imperatividade por ser norma internacional e cogente de direitos humanos que visa a proteger direitos básicos dentro do Estado Democrático de Direito, a audiência de apresentação ainda é objeto de severas críticas. Questiona-se, sobretudo, sua eficácia e sua obrigatoriedade, vindo alguns juristas a afirmar que a mera remessa do auto de prisão em flagrante ao magistrado, em 24 horas, se prestaria ao fim de análise da legalidade da prisão e de verificação da medida cautelar mais adequada a ser aplicada, conforme previsão atual expressão do Código de Processo Penal no § 1º do art. 306.

Por esta razão, faz-se necessário uma compreensão mais aprofundada do tema, bem como uma coletânea de dados sobre a implementação da audiência de custódia desde 2015 – ano em que os regimentos internos dos tribunais de justiça dos entes federativos, adicionalmente à Resolução nº 213/2015 do CNJ, passaram a prever a audiência de custódia como procedimento a ser seguido após a prisão em flagrante – para chegarmos a conclusões mais exatas sobre a sua eficácia enquanto garantia de direitos humanos e sobre sua necessidade na fase pré-processual.

Busca-se, assim, fazer um comparativo entre as opiniões que dividem a audiência de custódia a respeito do atingimento de suas finalidades com as informações coletadas desde sua implantação; trata-se de instituto novo na prática processual penal, de sorte que conclusões mais sólidas e mais objetivas tornam-se necessárias para sua efetiva consolidação.

A presente pesquisa, visando exatamente apreender a eficácia da audiência de apresentação e a necessidade de sua manutenção e ampliação na

realidade processual, utilizou-se de dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional, pelo Instituto de Defesa do Direito da Defesa e pelo Conselho Nacional de Justiça. Para alcançar os resultados almejados, foi feita uma análise quantitativa – neste momento, o estudo foi direcionado sobre o êxito da aplicação do instituto no país de maneira objetiva – e qualitativa da audiência de custódia – neste último caso, o estudo debruçou-se sobre o comportamento dos agentes envolvidos no procedimento implementado. Ademais, a monografia foi direcionada a uma revisão bibliográfica do assunto para melhor compreensão dos dados obtidos, revisão esta feita por intermédio de posicionamentos doutrinários, jurisprudências e direito comparado.

Por fim, aliado às informações obtidas, foi efetuada uma retrospectiva histórica sobre a própria apresentação corpórea do preso à autoridade judiciária competente – que remete à origem do *habeas corpus* –, de sorte que tal etapa após o flagrante não se mostra como procedimento novo no processo penal. Tanto que a audiência de custódia já possui adesão da comunidade internacional, apesar de ainda ser bastante questionada no Brasil sobre o alcance dos seus propósitos.

2 INSERÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

A audiência de custódia, apesar de ser um tema muito discutido e controvertido atualmente, não possui previsão legal em nosso diploma processual penal – aliás, esta é uma das razões para várias críticas que lhe são dirigidas. A apresentação do preso à autoridade judiciária competente é tão somente regulada no ordenamento jurídico brasileiro por legislação extravagante, a qual tutela, aliás, situações específicas, não abarcando todos os flagrantes – dependem, para estes serem efetuados, do crime em tese cometido.

Quando o indivíduo é preso em flagrante, o Código de Processo Penal prevê, em seu §1º do art. 306, que o auto da prisão em flagrante será remetido ao juiz competente em até 24 horas. Logo, a ciência do magistrado com relação à prisão em flagrante tem cunho meramente petitório, levando-se em consideração o que dispõe a lei processual penal; não há contato entre o preso e o magistrado para análise mais detalhada e real sobre a necessidade/adequação da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, bem como sobre possíveis ilegalidades cometidas no próprio flagrante.

Por outro lado, apesar do ato de levar o detido a um juiz competente a fim de avaliar a legalidade da prisão remontar desde o surgimento do *habeas corpus* (cujo significado é, literalmente, “tome o corpo”¹) quando da assinatura da Magna Carta de 1215 pelo rei João Sem Terra², apenas na segunda metade do século passado é que a comunidade internacional passou a dar forma à ideia da audiência de custódia.

Um estudo realizado pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade Harvard, nos EUA, identificou que a maioria dos 35 estados que pertencem à Organização dos Estados Americanos (OEA) possuem previsão no direito doméstico da realização do que chamamos de audiência de custódia³ – fato intimamente ligado ao advento do Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 22

¹ PONTES de MIRANDA. **História e prática do habeas-corpus**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1955. p. 67.

² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 209.

³ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states**. Harvard Law School. 20 out 2015. p. 1. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

de novembro de 1969, apesar de ser sido ratificado, contudo, em datas distintas a depender do Estado; no Brasil, por exemplo, a ratificação deu-se apenas em 1992.

Em assim sendo, é possível constatar, nesse estudo, que muitos países incorporaram em seu texto legal previsão expressa que garanta ao preso, ao apresentar-se em pessoa ao juízo, o direito de ter a revisão da sua prisão em flagrante logo após a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A apresentação do preso no Chile, por exemplo, deve ocorrer após 24 horas do flagrante e encontra amparo na Constituição de 1980, art. 19(7)(c)⁴. Já no Paraguai, essa apresentação decorre de comando do art. 240 do Código de Processo Penal paraguaio, devendo ser efetivada também em até 24 horas⁵.

Pois bem. O próprio estudo realizado pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Harvard explicita que o comparecimento em pessoa do agente preso em flagrante a uma audiência com o magistrado permite o respeito aos direitos humanos antes e depois da detenção⁶; tratar-se-ia de garantia básica de justiça, na medida em que permite que o indivíduo preso possa relatar sua experiência, inclusive com relação a maus tratos.

Entretanto, o fato é que, apesar da tendência da comunidade internacional – atenta à era dos direitos humanos – em tornar realidade a audiência de custódia nas legislações internas ocorrer desde o século passado, apenas no ano de 2015 teve início o seu processo de implementação no Brasil. Passou-se, assim, a ser considerada como fase pré-processual para o controle de legalidade da prisão, levando o próprio preso em flagrante ao contato com o juízo competente.

⁴ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states**. Harvard Law School. 20 out 2015. p. 11. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁵ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states**. Harvard Law School. 20 out 2015. p. 16. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁶ INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states**. Harvard Law School. 20 out 2015. p. 3. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

2.1 A ORIGEM DO INSTITUTO DO *HABEAS CORPUS* E A APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA

A audiência de custódia, enquanto medida que consiste na apresentação pessoal do preso ao juiz togado no prazo de 24 horas após a efetivação da prisão em flagrante, pode mesmo encontrar suas raízes em um outro instituto processual. É que tomar o preso perante o magistrado a fim de que este venha avaliar legalidade do ato de detenção cometido contra o paciente remete à própria ideia do *habeas corpus*, tanto em sua definição e prática atual como também quando do seu surgimento.

Embora o mérito da materialização do *habeas corpus* seja atribuído à Magna Carta de 1215, outorgada pelo rei João Sem Terra, a prática de apresentação corpórea do sujeito detido tem sua origem remota no Direito Romano através do instituto *interdictum de libero homine exhibendo*⁷. O objetivo desta “ação” do direito romano era a restituição do *ius libertatis* ao homem livre que tivesse sido privado arbitrariamente por terceiros de exercer este mesmo *ius libertatis*⁸.

Deixando de lado as exceções da época – visto que poucos eram os indivíduos livres de fato –, tinha-se como finalidade precípua do *interdictum de libero homine exhibendo* a apresentação corpórea do homem que fora privado de sua liberdade ao magistrado, devendo isto ser feito em público a fim de que não houvesse segredos quanto à própria prisão, evitando-se o abuso de poder das autoridades. Bem explica Massau o instituto e o seu foco na publicidade:

[...] advém daí a ideia de *exhibere* que significa deixar fora de segredo. Gaio, como destaca Hanisch (1984:25), tece uma comparação entre a exibição e a restituição distinguindo a relação de ambos: *Exhiber es tener a la vista el cuerpo ordenado mostrar, o sea, traer a la presencia del magistrado lo que se há ordenado exhibir de um modo físico praesentiam corporis habere, lo que permite su percepción directa por los sentidos*. Em face da publicidade, cessa a coação com o ensejo de todos observarem a condição do agredido e a desse de defender-se da agressão, perante o olhar do magistrado e do público⁹.

⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 209.

⁸ MASSAU, Guilherme. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. **Revista Ágora**, Vitória, n. 7, 2008, p. 1-33. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2019.

⁹ MASSAU, Guilherme. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. **Revista Ágora**, Vitória, n. 7, 2008, p. 1-33. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2019.

Assim, a aparição física do preso frente ao público e ao togado permitia uma percepção real de todas as condições em que se deu a restrição da liberdade do paciente; o “ver”, o “tocar” proporcionavam ao juiz uma avaliação mais “crua” sobre a possível ocorrência de prisão ilegal. E mais: expor publicamente o detido era uma condição de eficácia do instituto¹⁰.

Contudo, o esboço do que hoje trata-se do *habeas corpus* surgiu mais nitidamente com o advento da Magna Carta de 1215, outorgada pelo Rei João Sem Terra – alguns autores, inclusive, reconhecem sendo esta, de fato, a origem do instituto em discussão. Os barões, com o intuito de cessar o autoritarismo e as hostilidades do Rei João da Inglaterra, obrigaram-no a assinar a Magna Carta com o objetivo de, finalmente, conseguir direitos e garantias¹¹.

Tal diploma tinha como norte a proteção das liberdades individuais. Entretanto, não havia norma expressa que dispusesse sobre o *habeas corpus* propriamente dito; existia, na verdade, uma cláusula que afirmava que “nenhum homem livre poderia ser aprisionado ou exilado sem o devido julgamento de seus pares e, logo, diante de sua comunidade de iguais”¹². A partir disto, surgiu, porém, o devido processo legal inglês e as limitações ao autoritarismo do monarca, dando um verdadeiro impulso ao direito à liberdade física.

Ocorre que a Magna Carta, apesar de ter plantado a semente do *habeas corpus*, foi inúmeras vezes transgredida pelos reinados que se sucederam, mesmo após a morte do Rei João Sem Terra, já que as normas eram, se assim podemos dizer, de conteúdo mais brando e menos impositivo. Alguns outros diplomas sucederam a Magna Carta na tentativa de consolidar a garantia da liberdade de ir e vir dos cidadãos ingleses sem, entretanto, obterem sucesso nesse quesito, já que as

¹⁰ GARCIA, Rafael. A audiência de custódia e o sentido histórico e político jurídico do habeas corpus. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF, 26, 2017, Brasília. **Anais....** Brasília: CONPEDI, 2017, p. 76-92. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/7D6jrNRVTtrHY4NW.pdf>>. Acesso em: 27 de mar. 2019.

¹¹ MASSAÚ, Guilherme. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. **Revista Ágora**, Vitória, n. 7, 2008, p. 1-33. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2019.

¹² GARCIA, Rafael. A audiência de custódia e o sentido histórico e político jurídico do habeas corpus. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF, 26, 2017, Brasília. **Anais....** Brasília: CONPEDI, 2017, p. 76-92. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/7D6jrNRVTtrHY4NW.pdf>>. Acesso em: 27 de mar. 2019.

autoridades, abusando da própria prerrogativa como detentores do poder público, não respeitavam as normas inglesas.

Após diversas situações (*case law*) é que, finalmente, o instituto inglês em pauta pôde materializar-se através do *Habeas Corpus Act* de 1679. Isto porque houve a necessidade de disciplinar a liberdade de locomoção processualmente, a fim de garantir a eficácia de sua tutela. Com isso, quer-se dizer que apenas com este diploma legal é que o *habeas corpus* pôde adquirir sua feição atual.

É que, mesmo quando da Magna Carta, o instituto não fora concretizado, realmente; tratava-se de questão mais principiológica, vinculada à tutela das liberdades individuais (incluindo a liberdade de ir e vir), vindo, além do mais, a ser desrespeitado diversas vezes pelas autoridades – violações estas que deram origem aos *case law*. Entretanto, o *Act* de 1679 passou a disciplinar o *habeas corpus* processualmente, materializando o remédio em atos legais de maneira tal que não haveria embasamento para descumprimento quando o remédio em comento fosse impetrado, garantindo, assim, a real proteção ao direito de locomoção¹³.

Por outro lado, a lei em questão concentrou-se na esfera penal, deixando de lado a regulação do *habeas corpus* na esfera civil. Logo, com o decorrer dos anos, ocorreu o desdobramento do *Habeas Corpus Act* de 1816, adaptando-se às novas exigências políticas e jurídicas da época e, assim, tornou cabível a impetração do remédio quando houvesse restrição da liberdade de locomoção em situações concernentes ao âmbito civil e quando envolvesse atuação do poder discricionário administrativo. Ainda assim, na contemporaneidade, surge o *Administration of Justice Act* de 1960, o qual, no que concerte à tutela da liberdade de ir e vir pelo *habeas corpus*, apesar de trazer algumas mudanças, em nada mudou substancialmente. Assim, mesmo com o advento do *Habeas Corpus Act* de 1816 e do *Administration of Justice Act* de 1960, o instituto já consolidado no *Act* de 1679¹⁴.

Desta forma, o remédio processual em questão adquiriu seu aspecto procedimental em 1679, advindo a expressão *Habeas Corpus* da seguinte fórmula latina:

¹³ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005. p. 10.

¹⁴ MASSAU, Guilherme. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. **Revista Ágora**, Vitória, n. 7, 2008, p. 11. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2019.

Praecipimus tibi corpus x, in custodia vestra detentum, ut dicitur, una cum causa captionis et detentionis suae, quocumque nomine idem x censeatur in eadem, habeas coram nobis, apud Westminster, ad subjiciendum et trecidiendum ea quae cúria nostra de eo ad tunc et ibidem ordinari continget in hac parte.

E, em tradução aproximada de Garcia, significa: “Ordenamos-vos que o corpo de X, detido sob vossa custódia, segundo se diz, acompanhado do dia e da causa de sua detenção, por qualquer nome que o dito X possa ser agora reconhecido, exhiba-se nesta corte de Westminster, diante de nós, para se subjugar”¹⁵.

Neste diapasão, fica claro que o intento da apresentação do preso à autoridade judiciária para averiguação da legalidade da prisão remonta bem antes da construção atual da audiência de custódia. O próprio significado do *habeas corpus* possui íntima correlação com o instituto objeto deste trabalho: tomar o corpo do detido e levar ao tribunal o homem e o caso¹⁶. Logo, a presença física do sujeito que fora preso diante do magistrado, para com ele ter contato visual, é tido como garantia de tutela da liberdade individual desde o instituto romano *homine libero exhibendo* e, posteriormente, com desdobramentos no direito inglês a partir da Magna Carta de 1215. Assim, reitera-se: trata-se de garantia fundamental cujo surgimento adveio de outro remédio; cuja origem é, sobretudo, secular.

2.2 APRESENTAÇÃO DO PRESO À AUTORIDADE JUDICIÁRIA NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE E O ADVENTO DO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Assim, como foi possível observar da breve retrospectiva histórica sobre o instituto do *habeas corpus* no que diz respeito a sua origem, a exibição do preso perante à autoridade judiciária competente não é prática nova no Direito. A consciência de que aplicar isto na realidade penal é sinônimo de proteção aos direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão surgiu bem antes da atual audiência de custódia que brota em nossa prática forense. Aliás: o “tomar” o corpo do homem – para levá-lo ao juiz a fim de que este tome conhecimento do fato e possa analisar a

¹⁵ GARCIA, Rafael. A audiência de custódia e o sentido histórico e político jurídico do habeas corpus. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF, 26, 2017, Brasília. **Anais....** Brasília: CONPEDI, 2017, p. 76-92. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/7D6jrNRVTtrHY4NW.pdf>>. Acesso em: 27 de mar. 2019.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas Corpus**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1955. p. 23.

legalidade da prisão efetuada – não é uma inovação em nossa legislação interna, ainda que nosso Código de Processo Penal permaneça omissivo nesse assunto.

É bem verdade que, logo após o flagrante, o diploma processual em comento prevê, no §1º do art. 306, que o auto da prisão em flagrante será remetido ao juiz, em até 24 horas, a fim de que seja avaliada a legalidade do ato, relaxando a prisão ou convertendo-a em preventiva. Ainda assim, há, em legislações apartadas do direito brasileiro, dispositivos que determinam a apresentação corpórea do preso ao magistrado em dadas situações.

O Código Eleitoral, a despeito disto, assegura, em seu art. 236, que nenhum eleitor será detido 5 dias antes do pleito eleitoral até 48 horas após, salvo em hipótese de flagrante delito ou em virtude de sentença criminal condenatória por crime inafiançável, ou, ainda, por desrespeito a salvo-conduto. O seu §2º, por outro lado, determina que, sendo este o caso – de prisão – deverá o sujeito preso ser imediatamente conduzido até o juiz competente para que a legalidade da prisão seja verificada.

Além disto, a Lei nº 5.010/66, a qual dispõe sobre a organização da Justiça Federal, determina, no art. 66, parágrafo único, que, em caso de ser requerida a prorrogação do prazo para a conclusão do inquérito policial de indiciado preso, este deverá ser apresentado ao juiz. Ou, ainda, tem-se como outro exemplo de apresentação do preso à autoridade judiciária a previsão legal do art. 171 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que determina a aplicação do referido procedimento em caso de apreensão de adolescente por ordem judicial. E, como se não bastasse, na hipótese de decretação de prisão temporária, também encontramos dispositivo legal que oferece a possibilidade de o preso ser previamente conduzido à presença do juiz para maiores esclarecimentos (art. 2.º, § 3.º da Lei 7.960/89).

Assim, além da aplicabilidade pelo instituto do *habeas corpus* (cujo mandamento legal encontra-se no art. 656 do Código de Processo Penal), o comparecimento corpóreo frente ao magistrado após a prisão do indivíduo é realidade no ordenamento jurídico pátrio em outros preceitos legais que regulam outros tantos institutos. Contudo, nesses exemplos relatados, não haveria uma audiência de custódia propriamente dita, seguindo todos os trâmites atuais da audiência de

custódia, todo o procedimento, incluindo a presença de um promotor e de um defensor¹⁷.

Todavia, a comunidade internacional vislumbrou, bem antes, a necessidade da tutela da liberdade pessoal quando da prisão em flagrante. O Pacto de San José da Costa Rica (ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos), datado de 22 de novembro de 1969, teve – e tem – como intuito o reconhecimento, conforme explícito em seu preâmbulo, de que os direitos essenciais do homem derivam do seu próprio *status* de pessoa humana, e não do fato de ser ele nacional de um Estado determinado, justificando uma proteção internacional e de natureza convencional, bem como complementar àquela ofertada pelo próprio Estado a que pertence. Assim, buscando esta garantia de direitos fundamentais do ser humano, é que, ao tratar da liberdade pessoal, o seu artigo 7.5 dispõe:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Não obstante a sistemática estabelecida no Brasil pré-convenção americana de Direitos Humanos – em que o preso em flagrante era conduzido à autoridade policial, após o que o auto lavrado era encaminhado para o juiz competente para decidir sobre a legalidade da prisão e sua conversão ou não em preventiva ou medida cautelar diversa¹⁸ –, vê-se claramente que a previsão do Pacto é que a análise do magistrado sobre a detenção deverá ser impreterivelmente através da apresentação corpórea do preso.

Ato contínuo, mesmo após o advento do Pacto de San José da Costa Rica e sua gradativa ratificação por diversos países, não raros foram os casos que necessitaram ir à Corte Interamericana de Direitos Humanos para solução, inclusive com o intuito de, reiteradamente, esclarecer sobre a necessidade de que o magistrado tenha contato pessoal com detido quando do conhecimento da prisão, não sendo suficiente apenas a remessa do auto policial da prisão ao juiz. Um dos exemplos foi o Caso Tibi Vs. Ecuador¹⁹, em que a Corte salientou, em sua decisão, que:

¹⁷ MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016, p. 141-142.

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 543.

¹⁹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: **Caso Tibi Vs. Ecuador**, 2004. p. 63. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 30 de mar. 2019.

[...] os termos da garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção são claros quanto a que a pessoa detida deve ser levada sem demora a um juiz ou autoridade competente [...] Isto é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O fato de que um juiz tenha conhecimento da causa ou lhe seja remetido o auto policial correspondente, como foi alegado pelo Estado, não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente perante o juiz ou autoridade competente (**tradução nossa**).²⁰

Contudo, não apenas esta questão foi objeto de controvérsias a serem resolvidas pela Corte. É que indagações passaram a ser levantadas também no que diz respeito à parte final do artigo 7.5 da Convenção, mais especificamente, sobre o que seria essa “outra autoridade autorizada por lei a exercer atividades judiciais”; questionava-se se o delegado de polícia poderia atender a esta demanda. Pois bem, conforme Aury Lopes²¹ explica sobre o assunto, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já decidiu, em diversos casos, que a expressão final do artigo em pauta deve ser interpretada em conjunto com o que dispõe o artigo 8.1 da Convenção, que diz que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial”. Como se não bastasse, conforme o mesmo autor explana, o delegado de polícia, no modelo brasileiro, não tem funções jurisdicionais, trata-se tão somente de autoridade administrativa.

O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado pelo Brasil em 1992, através do Decreto nº 678/92, razão pela qual, em tese, o Governo Brasileiro estaria obrigado a cumprir as disposições do Tratado, inclusive, é claro, no que diz respeito à audiência de custódia. Este instituto, a propósito, tem amparo legal até mesmo na Convenção Europeia de Direitos Humanos, cujo art. 5, 3, reproduz o texto do art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em sua inteireza, indicando, mais uma vez, tratar-se de uma garantia imprescindível a qualquer ser humano, tanto que está presente em mais de um pacto internacional.

Assim, tal tratado internacional sobre direitos humanos passou a integrar nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto nº 678/92, que o promulgou,

²⁰ “[...] los términos de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención son claros en cuanto a que la persona detenida debe ser llevada sin demora ante un juez o autoridad judicial competente, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Esto es esencial para la protección del derecho a la libertad personal y para otorgar protección a otros derechos, como la vida y la integridad personal. El hecho de que un juez tenga conocimiento de la causa o le sea remitido el informe policial correspondiente, como lo alegó el Estado, no satisface esa garantía, ya que el detenido debe comparecer personalmente ante el juez o autoridad competente.”

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 545.

determinando o art. 1º que a Convenção “deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”²². A partir de então, as suas normas adquiriram *status* de supralegalidade, as quais, hierarquicamente, são inferiores à Constituição Federal, havendo, por outro lado, controvérsias sobre a posição desses tratados internacionais que versem sobre direitos humanos no que diz respeito às leis ordinárias e complementares. Para alguns doutrinadores, estaria a Convenção localizada entre a Carta Magna e as leis infraconstitucionais; para outros, a estas estaria equiparada.

No caso do Pacto de San José da Costa Rica, sua aprovação não ocorreu, de fato, nos moldes do § 3º, art. 5º, CF, de tal sorte que, em tese, não seria equivalente às emendas constitucionais, razão pela qual se costuma a ele atribuir caráter infraconstitucional. Contudo, Flávia Piovesan afirma que, apesar de haver quatro correntes doutrinárias sobre este assunto – os tratados de proteção dos direitos humanos seriam supraconstitucionais; ou constitucionais; ou infraconstitucionais, mas supraleais; ou de paridade hierárquica com leis federais –, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição, os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais. Ou seja, para esta autora, por se tratar de direitos fundamentais, sua aplicação seria imediata pelo seu *status* de norma constitucional, independentemente de aprovação por rito específico; para ela, o *quórum* qualificado estaria tão somente a reforçar essa natureza²³.

Todavia, a aplicação da audiência de custódia, mesmo diante do caráter supralegal (ou mesmo constitucional, como vimos) da norma e da sua posição em nosso ordenamento jurídico, foi, por anos, inviabilizada no Brasil. O argumento seria o de que as dificuldades práticas de trazer tal instituto para a realidade do país ensejariam a sua sumária desconsideração, posto que – assim alguns sustentavam – a expressão “sem demora” seria muito genérica e a simples remessa do auto da prisão em flagrante no prazo de 24 horas, tal qual disposto no art. 306, § 1º, do CPP, seria suficiente. Alegava-se, ainda, que seria o delegado de polícia competente para avaliar as condições da prisão do detido diante do que determina o final do art. 7.5 da CADH,

²² “Art. 1º. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, apensa por cópia ao presente decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém”. BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em de 5 de abril de 2019.

²³ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 76.

não havendo necessidade, portanto, da apresentação ao magistrado propriamente dito²⁴.

2.3 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NA RESOLUÇÃO 213/2015 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Conforme discutido, desde 1992, a audiência de custódia deveria ter sua aplicabilidade imediata em nosso sistema processual penal, tendo em vista ter sido o ano em que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adquirindo suas normas o caráter de supralegal. Entretanto, na prática, foram anos de negligência por parte do poder público a um dever legal – ainda que fruto de pacto internacional –, vigorando, na verdade, “acirrado debate jurídico, fundado primordialmente na inexistência de previsão no ordenamento brasileiro de tal ato processual.”²⁵

No que concerne à falta de tutela legal do instituto em comento, há, de fato, o Projeto de Lei nº 554/11, que, agora, foi substituído pelo Projeto de Lei Substitutivo nº 6.620/16²⁶. A pretensão é justamente a de alterar a redação do § 1º e do § 2º do art. 306 do CPP, bem como acrescentar-lhe mais 13 parágrafos, com texto normativo explícito no que diz respeito à apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciária competente em até 24 horas após a detenção. Importa registrar a literalidade dos §§ 1º e 4º, cuja abordagem, ao nosso ver, é perfeitamente compatível com os tratados internacionais, proporcionando a verdadeira garantia aos direitos fundamentais do detido:

Art. 306 [...] § 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, a autoridade policial encaminhará o auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e, caso o autuado não indique advogado, à Defensoria Pública.

[...]

§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz e será por ele ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se

²⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. apud PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 550.

²⁵ GONÇALVES, Rafaela. Da audiência de custódia e seu impacto no processo penal brasileiro. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 44, p. 39-55, 2016.

²⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.620 de 2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=823AE1ECF755E362DF5159A59F4DE53.proposicoesWebExterno2?codteor=1514470&filename=PL+6620/2016>. Acesso em: 20 de mar. de 2019.

verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventuais violações.

O projeto inicial, de nº 554/11 e de autoria do senador Antônio Carlos Valadares, apenas restringia-se a alterar o § 1º do artigo 306 do Código de Processo Penal, o qual dispõe, atualmente, apenas sobre o encaminhamento do auto de prisão em flagrante em até 24 horas após a realização da prisão. Contudo, o projeto substitutivo mostra-se mais completo e com enfoque maior no procedimento pós-prisão em flagrante, buscando proteger a integridade e os direitos fundamentais do indivíduo detido, inclusive o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência. Veja-se que o texto do projeto de lei é claro: a autoridade a quem o preso deve ser apresentado é o juiz, bem como o prazo em que essa apresentação deve ocorrer é 24 horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante – auto que, aliás, deverá, de pronto, ser encaminhado até 24 horas após a realização da prisão, conforme § 1º.

Todavia, apesar do citado Projeto de Lei indicar claro avanço em nosso sistema penal como um todo – depois de vários anos de verdadeira “hibernação” da norma internacional (art. 7.5 do Pacto de San José da Costa Rica) que, tanto na teoria como na prática, deveria vincular o governo ao seu cumprimento –, tal projeto permanece ainda em tramitação.

Em que pese a omissão ao dever legal da audiência de custódia no país por anos, no mês de fevereiro de 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o Governo do Estado de São Paulo, iniciou o Projeto Audiência de Custódia com a publicação do Provimento Conjunto n. 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em decorrência da adesão ao Termo de Cooperação Técnica de n. 007/2015 (assinado entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa)²⁷.

Enquanto pioneiro na implantação das audiências de custódia no país, o Provimento do TJSP foi questionado em vários aspectos, tendo, inclusive, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil questionado a constitucionalidade do ato perante o STF através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5240.

²⁷ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Brasília, 2016, p. 20. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 21 de mar. 2019.

Sustentou a Associação que a competência para legislar sobre questões processuais seria da União, conforme art. 22 da Constituição Federal, competência esta que teria sido usurpada com o Provimento Conjunto n. 03/2015. Através da mesma ADI 5240, ainda, foi arguido que este ato estaria regulando as atividades dos delegados, cujas atribuições tem previsão específica no texto constitucional (art. 144, §§ 4º e 6º), e, por essa razão, tais profissionais não poderiam se submeter ao ato normativo questionado.²⁸

Contudo, a ação foi julgada improcedente, entendendo o Supremo Tribunal Federal que a iniciativa do CNJ/TJSP estaria em conformidade com o Pacto de San José da Costa Rica, o qual possui *status* de supralegal, não havendo, desta forma, inovação jurídica²⁹. O ministro relator Luiz Fux, ademais, ressaltou na decisão³⁰: “Verifico aqui que não houve, por parte da portaria do Tribunal de Justiça, nenhuma extrapolação daquilo que já consta da Convenção Americana, que é ordem supralegal, e do próprio CPP, numa interpretação teleológica dos seus dispositivos.”

Acertada, pois, a decisão do STF. E, gradativamente, os Tribunais de Justiça e os Governos dos Estados de todo o país assinaram os Termos de Adesão ao Termo de Cooperação Técnica³¹, desembocando, assim, na Resolução nº 213, editada pelo CNJ em 15 de dezembro de 2015³². Aliás, diga-se de passagem que, no bojo da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, a qual tem como objetivo a declaração do “estado inconstitucional das coisas” do sistema processual brasileiro, foi deferida a liminar para determinar aos juízes e tribunais, em observância aos tratados internacionais (incluindo o art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que realizassem a audiência de custódia, em até noventa

²⁸ GONÇALVES, Rafaela. Da audiência de custódia e seu impacto no processo penal brasileiro. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 44, p. 39-55, 2016. Disponível em: <

<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%204.pdf?d=636685514639607632>>. Acesso em: 21 de mar. 2019.

²⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 551.

³⁰ STF, **ADI 5240**, Ministro Relator Luiz Fux, DJU 02.09.15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 21 de mar. 2019.

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termos de Adesão ao TCOT 007/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>>. Acesso em: 22 mar 2019.

³² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_23112018141721.pdf>. Acesso em: 22 de mar. 2019.

dias, viabilizando o comparecimento do preso no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão³³.

A então resolução determina que, conforme seu artigo 1º, toda pessoa presa em flagrante delito, impreterivelmente, seja apresentada, “em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.” Mais importante ainda: o seu § 1º prevê que a remessa do auto da prisão em flagrante à autoridade judiciária não supre a necessidade de apresentação pessoal. Assim, tal ato normativo detalha as regras e todo o procedimento da apresentação do detido em flagrante, trazendo em seu bojo dois protocolos de atuação, que tratam sobre a aplicação de penas alternativas – já que, importa ressaltar, a conversão em preventiva deve ser absolutamente a *ultima ratio* – e dos procedimentos para serem apuradas as denúncias de tortura – tendo em vista que um dos objetivos da audiência de custódia é a garantia da integridade física daquele que fora preso em flagrante.

Assim, o que se busca é trazer, de fato, para o sistema processual acusatório do Brasil, algo que já vem sendo praticado em vários países. A audiência objeto da discussão possui, agora, regulação por ato normativo do CNJ, o qual visa garantir que a conversão do flagrante em preventiva seja medida excepcional, bem como verificar eventual ocorrência de violência e maus-tratos no ato de prisão. Para tanto, o bojo da resolução prevê uma série de atos procedimentais para efetivar estes dois grandes nortes da audiência de custódia, primando, sempre, pela liberdade do indivíduo à luz da presunção de inocência, possibilitando que, por meio do contato pessoal com o magistrado, a prisão cautelar permaneça sendo uma verdadeira antecipação da pena.

Não obstante sua conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos humanos e a sua consonância com a comunidade internacional na tutela da integridade física do preso – enquanto garantia dos direitos da pessoa humana –, a Resolução 213 do CNJ sofre severas críticas, mesmo que seja um “grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro” que, na verdade, “já chega com muito atraso”³⁴.

³³ STF, **ADPF 347**, Ministro Relator Marco Aurélio. DJU 9.9.2015. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%204.pdf?d=636685514639607632>>. Acesso em: 22 de mar. 2019

³⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 546.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS DA PRISÃO EM FLAGRANTE

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, LXI, que ninguém será preso senão em virtude de flagrante delito ou por ordem de autoridade judiciária competente, devendo ser escrita e fundamentada. A tutela a liberdade, portanto, como já é cediço, tem origem constitucional, ressaltando nosso Texto Maior que sua restrição só ocorrerá em ocasiões excepcionais em razão da presunção de inocência; assim, enquanto não houver trânsito em julgado de decisão condenatória em ação penal, o indivíduo deverá estar em gozo pelo da sua liberdade de locomoção, salvo exceções.³⁵

Contudo, conforme o próprio artigo supracitado, há situações em que é lícita a restrição à liberdade do indivíduo, sendo uma delas quando ocorre flagrante delito; este caso, por seu turno, é especialmente peculiar. Isto porque não necessita de ordem judicial para que seja realizada a prisão – tanto no caso da prisão por sentença penal condenatória como no das prisões cautelares, é necessário que haja mandado judicial para tanto. Entretanto, no caso da prisão em flagrante, qualquer pessoa, desde que caracterizadas as circunstâncias previstas em lei para tanto, pode prender outrem.

Pois bem. A própria etimologia da palavra “flagrante” deriva do termo em latim “*flagrare*” (queimar), e “*flagrans*”, “*flagrantes*” (ardente, brilhante, resplandecente). Logo, quer-se dizer que um flagrante delito seria o crime recentemente cometido, tanto que estaria ainda “queimando”. Justamente por essa visibilidade imediata e praticamente concreta do delito cometido é que aquele – com isso quer-se dizer, mesmo, qualquer pessoa – que visualizou essa “chama” possui a prerrogativa legal de prender o agente, ainda que sem autorização judicial.³⁶

A certeza visual da prática do crime, conforme preleciona Aury Lopes Júnior³⁷, cria a obrigação para os órgãos públicos (enquanto que, aos particulares, cria uma faculdade) de impedir a continuidade da ação criminosa, devendo, portanto,

³⁵ “Art. 5º. [...] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 27 de mar. 2019.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1218.

³⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 525.

prender o autor. Ora, havendo a visibilidade do crime, o intuito do instituto é justamente evitar a consumação do delito (nas situações em que a infração esteja sendo praticada, tal qual dispõe do art. 302, I, CPP), ou o próprio exaurimento (nas situações em que o a infração acabou de ser praticada, conforme nos traz o art. 302, II, CPP, ou quando tenha se dado a perseguição do art. 302, III, CPP, ou quando dá-se o encontro do presumido autor, conforme art. 302, IV, CPP)³⁸.

Isto posto, não poderia ser outra conclusão senão pela precariedade do ato, já que, tal qual discutido, pode ser efetuado por particular ou autoridade policial, situação excepcionalíssima. Tanto é que a prisão em flagrante deverá ser submetida à análise judicial para que o magistrado decida sobre sua legalidade – constatado vícios, deverá haver o seu relaxamento – e, sendo o caso, conceda a liberdade provisória, ou decrete a conversão em prisão preventiva, ou mesmo aplique medida cautelar alternativa diversa da prisão.

Não obstante posicionamentos doutrinários diversos, concordamos com Aury Lopes Júnior³⁹ e Renato Brasileiro⁴⁰ quanto à prisão em flagrante: trata-se de medida precauteladora e que não objetiva garantir o resultado final do processo, revelando-se – frise-se mais uma vez – ato precário e que será submetido ao crivo judicial.

De fato, em breve retrospectiva histórica⁴¹, temos que, quando da elaboração do Código de Processo Penal, a prisão em flagrante por si só era fundamento suficiente para que o indivíduo permanecesse preso durante todo o processo penal, sendo solto apenas se o delito fosse afiançável ou nas hipóteses em que o acusado livrava-se solto. Contudo, a Lei nº 6.416/77 inseriu o parágrafo único ao art. 310 (estando, hoje, com redação diversa), o qual determinava que o preso deveria ter sua liberdade provisória concedida caso o juiz verificasse a não configuração das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

Ocorre que este dispositivo não era cumprido. A jurisprudência interpretava-o sistematicamente com o art. 334, cujo texto normativo dispunha que a fiança poderia ser prestada em qualquer momento do processo enquanto não

³⁸ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 545.

³⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 525.

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1218.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1221-1222.

houvesse trânsito em julgado. O entendimento seguia a lógica de que, como a fiança só era prestada por aquele que tivera sido preso em flagrante, então este – o preso em flagrante – poderia permanecer detido até a sentença penal transitada em julgado.

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, finalmente, o art. 310 do Código de Processo Penal adquire sua atual redação, cujo comando bem delimita as medidas a serem tomadas pelo magistrado quando do recebimento dos autos da prisão em flagrante: relaxar a prisão ilegal; ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança; ou aplicar medidas cautelares diversas da prisão; ou converter em prisão preventiva quando presentes os requisitos para tanto e se revelarem inadequadas as medidas cautelares diversas da prisão. Em qualquer dessas hipóteses, a decisão do juiz deverá imprescindivelmente ser fundamentada.

A prisão em flagrante, então, não poderá estender-se por todo o processo. Como dito, ela possui natureza precauteladora, sobre a qual recairá a análise judicial dentro de 24 horas; a prisão em flagrante que perdurar por vários dias será manifestamente ilegal e deverá ser relaxada. Enfim, ninguém poderá permanecer preso para além das 24 horas da prisão em flagrante sem que haja decisão judicial decretando a preventiva – que, aliás, apenas poderá sê-lo se houver requerimento do Ministério Público para tanto⁴².

Quanto aos tipos de flagrante, o art. 302 do Código de Processo Penal elenca todos eles; trata-se de um rol taxativo, diga-se de passagem, e, se a prisão for efetuada em uma conjectura distinta das elencadas no citado artigo, tratar-se-á de prisão ilegal, razão pela qual torna-se imperioso o seu relaxamento. No caso do inciso I, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração. Veja-se que, conforme a etimologia do instituto, este artigo revela a verdadeira “ardência” do crime cometido em tese; há irrefutável visibilidade da infração. Por este motivo, a doutrina costuma classificar como flagrante “próprio”, cujo objetivo seria de evitar a consumação do delito, visto que o sujeito fora surpreendido durante a execução do crime e, portanto, não teria chegado a concluí-lo.

O inciso II diz que está em flagrante delito aquele que acaba de cometê-lo, considerado também como um flagrante “próprio”. Isto porque a ideia é de que o sujeito que estava praticando o delito fora surpreendido logo em seguida, sem lapso temporal relevante entre a prática do crime e a visualização do delito. Melhor

⁴² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 527.

explicando: a atividade criminosa foi cessada, mas tão logo visualizada ao ponto de restar elementos sensíveis suficientes para detectar a ocorrência do crime e deduzir a sua autoria. Não há a “chama” propriamente dita, como no caso anterior – podendo já ter ocorrido, ainda, a consumação –, mas há verdadeira visibilidade do fato.

Quanto aos dois incisos seguintes, temos os tipos de flagrantes mais delicados se comparados aos anteriores, já que se distanciam do elemento fático, da própria realização do delito; a visibilidade que se tem em ambos não é do próprio crime, mas de circunstâncias posteriores que fazem presumir ser o sujeito autor do crime. A hipótese do inciso III corresponde ao que costuma se chamar de flagrante “impróprio”; o inciso IV, flagrante “presumido”.

No caso do inciso III do art. 302 do CPP, a prisão em flagrante é caracterizada quando o agente “é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração”. Aqui, deverá haver uma perseguição imediata, sem lapso temporal entre o início da perseguição e a prática do delito; a busca deve ser contínua e, ao encontrar o agente, presume-se, pelas circunstâncias em que este se encontra, ser ele o autor do crime.

Já no inciso IV, temos o flagrante “presumido”, que ocorre quando o agente é “encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da ação”. Importa, antes de tudo, salientar que o dispositivo agora em comento indica que o encontro deve ser causal e não casual⁴³, ou seja, conforme Aury Lopes afirma, “[...] é o encontrar de quem procurou, perseguiu e depois, perdendo o rastro, segue buscando o agente. Não se trata de um simples encontrar sem qualquer vinculação previamente estabelecida em relação ao delito.” Assim, se o suposto autor do ato infracional não está sendo objeto de perseguição e, eventualmente, alguma autoridade policial (ou mesmo um cidadão comum) encontrá-lo em situação que o ligue diretamente com o crime, não há cabimento para que seja efetuada a prisão em flagrante justamente porque não havia o requisito implícito da “busca” pelo provável autor do delito.

Ato contínuo, em quaisquer dessas hipóteses de prisão em flagrante, deverá, após sua efetivação, ser o preso apresentado imediatamente à autoridade policial, e esta irá ouvir o condutor (ou seja, aquele que efetuou a prisão em flagrante

⁴³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 530.

e o conduziu até a autoridade), após o que também ouvirá as testemunhas que presenciaram o fato delituoso e/ou a prisão⁴⁴; por fim, interrogará o preso. Após a formalização de todos estes atos, será lavrado o auto pela autoridade competente, sendo colhida a assinatura de todos os envolvidos, consoante o art. 304 do CPP. Ao final, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas, devendo a autoridade assinar a nota (art. 306, § 2º, do CPP).

Mister destacar que não há óbice para a presença do advogado nesta fase; faz parte do direito de defesa daquele que fora detido, principalmente frente ao interrogatório a que será submetido. Ainda que não haja processo, ao indivíduo deve ser assegurado os seus direitos enquanto acusado do cometimento de um crime, inclusive sendo esclarecido quanto ao seu direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si mesmo. E mais: nada impede, também, que o próprio advogado interrogue seu cliente para complementação dos dados e das informações colhidas sobre o flagrante e que serão inseridos no auto.

Ademais, o juiz competente, bem como o Ministério Público e a família do preso deverão ser comunicados imediatamente sobre a prisão do sujeito e o local em que foi efetivada (art. 306, CPP). E, em até 24 horas após a realização da prisão em flagrante, o auto deverá ser encaminhado ao juiz, ao Ministério Público e, caso o autuado não tenha indicado advogado para representa-lo, a respectiva cópia à Defensoria Pública (conforme dispõe o § 1º do art. 306 do CPP). Caso nenhum desses comandos legais forem cumpridos, a prisão será eivada de ilegalidade formal, devendo ocorrer o seu relaxamento.

Assim, conforme bem explica Aury Lopes⁴⁵ mais uma vez, necessária se faz a observância de dois momentos quando da realização da prisão em flagrante: a comunicação da prisão às pessoas indicadas no art. 306 do CPP, incluindo o juiz competente, e a conclusão do auto de prisão, expedição de nota de culpa e o encaminhamento para a autoridade judiciária em até 24 horas. Em caso de descumprimento de quaisquer desses “momentos”, haverá ilegalidade formal da prisão em flagrante, tornando primordial seu relaxamento.

⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 538.

⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 540.

3.1 O PROCEDIMENTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA APÓS A PRISÃO EM FLAGRANTE

Antes da implantação da audiência de custódia através da Resolução 213/2015 do CNJ e dos provimentos internos dos Tribunais de Justiça – não obstante, vale ressaltar, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos vigorar no Brasil desde 1992 –, o auto da prisão em flagrante era remetido à autoridade judiciária competente para que a legalidade da prisão fosse avaliada (verificando se seria hipótese de relaxamento). Em seguida, no caso de homologação da prisão, viria o magistrado a analisar o cabimento da conversão em preventiva (se houvesse, é claro, requerimento do Ministério Público neste sentido), ou aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, ou mesmo a concessão de liberdade provisória (com ou sem fiança). É esta, na verdade, a disciplina legal da legislação processual penal, em que não há a apresentação corpórea do preso frente ao magistrado.

Com a introdução da audiência de custódia na sistemática processual brasileira, a referida análise quanto à legalidade do flagrante e quanto à medida a ser tomada (se conversão em preventiva, em medidas cautelares diversas ou liberdade provisória) é feita durante uma audiência, tornando todo o procedimento mais humanizado, com melhor verificação da realidade.

Assim, o procedimento, agora, é outro, a fim de que haja a apresentação corpórea do detido ao juízo competente: após a formalização do auto de prisão em flagrante, haverá o agendamento da audiência de custódia, conforme pauta pré-fixada pelo juízo e com a intimação do advogado constituído⁴⁶ – este não havendo, o detido será atendido pela Defensoria Pública (art. 5º, parágrafo único, da Resolução 213/2015 do CNJ).

No dia e horário marcado (ressalte-se que isso deve ocorrer 24 horas após da comunicação do flagrante, conforme art. 1º, Res. 213, CNJ), o preso deverá ser apresentado ao juízo para a realização da audiência de custódia, sendo que ao indivíduo é assegurado atendimento prévio e reservado com seu advogado ou defensor público sem a presença de policiais (art. 6º, Res. 213, CNJ). Feito isto, é dado início à audiência (que deve, impreterivelmente, ser realizada também com o

⁴⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTICA. **Audiência de custódia**. Brasília, 2016, p. 7. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 30 de mar. 2019

acompanhamento do Ministério Público) em comento, estando presente a digitalização do auto de prisão em flagrante e certidão de antecedentes criminais, com liberação para consulta pelas partes⁴⁷.

Inicialmente, o magistrado entrevistará a pessoa presa em flagrante, momento em que, dentre outras providências previstas na Resolução 213 do CNJ, esclarecerá do que se trata a audiência, indagará ao indivíduo sobre as conjecturas em que se deram sua prisão, bem como verificará se houve exame de corpo de delito – determinando o juiz, aliás, que seja realizado caso não o tenha sido, ou caso os registros se mostrem insuficientes, ou a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado, ou o exame tiver sido realizado na presença de agente policial⁴⁸. Observe-se que um dos grandes objetivos é justamente, através da apresentação pessoal do preso, a verificação de casos de tortura e maus tratos; somente através de um procedimento mais humanizado (e que leva em consideração a análise sensorial dos fatos pelo magistrado) é que possíveis violações à dignidade da pessoa humana quando da prisão em flagrante podem ser identificadas de forma mais eficaz.

⁴⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Brasília, 2016, p. 7. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>.

Acesso em: 30 de mar. 2019

⁴⁸ “Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: I - esclarecer o que é a audiência de custódia, ressaltando as questões a serem analisadas pela autoridade judicial; II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito; III - dar ciência sobre seu direito de permanecer em silêncio; IV - questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição, particularmente o direito de consultar-se com advogado ou defensor público, o de ser atendido por médico e o de comunicar-se com seus familiares; V - indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão; VI - perguntar sobre o tratamento recebido em todos os locais por onde passou antes da apresentação à audiência, questionando sobre a ocorrência de tortura e maus tratos e adotando as providências cabíveis; VII - verificar se houve a realização de exame de corpo de delito, determinando sua realização nos casos em que: a) não tiver sido realizado; b) os registros se mostrarem insuficientes; c) a alegação de tortura e maus tratos referir-se a momento posterior ao exame realizado; d) o exame tiver sido realizado na presença de agente policial, observando-se a Recomendação CNJ 49/2014 quanto à formulação de quesitos ao perito; VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante; IX - adotar as providências a seu cargo para sanar possíveis irregularidades; X - averiguar, por perguntas e visualmente, hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grave, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória, sem ou com a imposição de medida cautelar”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_23112018141721.pdf>. Acesso em: 30 de mar. 2019.

Em assim sendo, após a entrevista com o autuado, haverá a manifestação do Ministério Público – oportunidade em que poderá requerer o que entender de direito, inclusive a decretação de prisão preventiva, sendo que essa conversão só poderá ser imposta pelo juiz se houver o pedido do *Parquet* neste sentido –, bem como a manifestação da defesa técnica (§1º do art. 8º da Res. 213 do CNJ).

Por fim, será proferida a decisão do magistrado, sendo ela feita em dois momentos: análise da legalidade da prisão em flagrante para, depois, aplicar a medida cautelar cabível ou conceder a liberdade provisória⁴⁹. Assim, o juiz verificará se os requisitos do art. 302 foram preenchidos, como também se todo o procedimento para a lavratura do auto da prisão em flagrante ocorreu conforme os trâmites legais para relaxar a prisão em flagrante no caso de vícios de legalidade ou, então, homologa-la. Ocorrendo a homologação, o magistrado concederá a liberdade provisória, com ou sem fiança, ou substituirá a prisão em flagrante por medidas cautelares diversas, ou converterá a prisão em flagrante em prisão preventiva⁵⁰.

Vale salientar que, conforme dispõe §3º do art. 8º da Res. 213 do CNJ, a ata de audiência conterá, apenas e resumidamente, a fundamentação do juiz quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória (mesmo no caso de sua concessão com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão), considerando-se o pedido de cada parte, da mesma forma que na ata também estarão determinadas as providências a serem tomadas nos casos de serem constados indícios de tortura e maus tratos.

Logo, audiência de custódia, a qual integra nosso ordenamento jurídico como instituto do Pacto San José da Costa Rica desde 1992, tornou-se realidade no sistema processual penal brasileira. Todo o procedimento busca garantir a integridade do preso em flagrante e, por meio da sua presença corpórea frente ao magistrado, intenta permitir a aplicação da medida judicial adequada e necessária para cada caso. Não há, aqui, análise quanto às provas ou quanto ao crime em si – o momento oportuno será durante a ação penal –, sendo o objeto da audiência de custódia única e exclusivamente a prisão.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 540.

⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Brasília, 2016, p. 7. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 1 de abr. 2019

3.2 APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO APÓS A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Um dos grandes pilares da audiência de custódia é, além da própria análise da legalidade da prisão flagrante, a verificação de qual a medida mais apropriada para cada caso após o magistrado observar as circunstâncias. O princípio da proporcionalidade vigora em todos os momentos, sendo que o intuito é levar em consideração a presunção de inocência, posto ser a prisão algo excepcional e a liberdade ser a própria regra.

Melhor explicando: nossa Carta Magna elenca exhaustivamente dispositivos que visam a garantia da liberdade individual na medida em que prevê que o sujeito apenas poderá ser preso por ordem judicial escrita e fundamentada ou quando da situação de flagrante, além de que, conforme art. 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, não poderá ocorrer na fase pré-processual ou mesmo processual a antecipação da culpabilidade.

Observa-se que a Lei Maior vem garantir que aquele submetido à persecução penal goze da presunção de inocência e que a prisão antes do trânsito em julgado deverá, necessariamente, ser definida por ordem judicial escrita e fundamentada. Ora, sendo a restrição à liberdade pela prisão a *ultima ratio*, por óbvio, a decisão judicial deverá demonstrar que tal medida é necessária e indispensável⁵¹, principalmente se decretada antes da sentença penal condenatória transitada em julgado, a exemplo dos casos de prisão preventiva e prisão temporária. E, logicamente, a prisão em flagrante, mesmo sendo exceção à necessidade da existência de ordem judicial para sua efetivação, necessariamente contará com uma ordem judicial no caso de sua conversão em prisão preventiva.

Ato contínuo, sigamos o seguinte raciocínio quanto à prisão em flagrante: sabemos que sua duração deverá ser de 24 horas e que aquela que perdurar por tempo superior deverá ser relaxada diante da ilegalidade latente. Assim, quando da audiência de custódia, não obstante a precariedade do flagrante, o juiz só poderá converter em prisão preventiva se vier a ser demonstrada, na decisão, a sua

⁵¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 501.

necessidade e adequação ao caso, conforme requisitos elencados no art. 312 do Código de Processo Penal⁵².

Ocorre que a legislação processual penal, datada de 1941, a todo momento manteve um viés punitivo, cujas normas, sempre que possível, intentavam antecipar a culpabilidade. Durante muito tempo, vigorou uma dicotomia: ou o preso em flagrante teria a liberdade provisória concedida (com ou sem fiança), ou seria decretada a medida cautelar prisional (prisão preventiva) caso os requisitos para tanto fossem preenchidos.

Contudo, com o advento da Lei nº 12.403/11, surgiu em nosso ordenamento jurídico outras modalidades de cautelares, além das prisões preventiva e temporária: as medidas cautelares diversas da prisão⁵³. A partir de então, a bipolaridade que até aí vigorava deixou de existir na medida em que proporcionou ao juiz, no momento da audiência de custódia (apesar de ainda não ser aplicada quando da publicação da lei em questão, ela, acertadamente, faz parte de nossa realidade jurídica hoje), avaliar qual cautelar pudesse melhor atingir ao fim a que se presta; é possível, agora, aplicar medida nem tão gravosa quanto o cárcere, e nem tão branda quanto a liberdade. Isto, é claro, a depender do caso em concreto, das circunstâncias do flagrante, da situação do detido. Desta forma, conforme leciona Pacelli⁵⁴:

[...] assumiu-se em definitivo a natureza cautelar de toda prisão antes do trânsito em julgado; junto a isso, ampliou-se o leque de alternativas para a proteção da regular tramitação do processo penal, com a instituição de diversas outras modalidades de medidas cautelares.

Logo, através de Lei nº 12.403/11, o art. 5º, LXVI da Constituição materializou-se de forma mais significativa ao afirmar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”. Porque, como dito, a restrição à liberdade é exceção absoluta, e as medidas cautelares trouxeram inúmeras alternativas ao cárcere; apesar da literalidade do

⁵² “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares”. BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 2 de abr. 2019.

⁵³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 506.

⁵⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 497.

dispositivo constitucional, temos que o que é provisório, na verdade, é a prisão, enquanto que a liberdade é inerente a todo ser humano.

De pronto, pode-se observar que estas medidas cautelares diversas da prisão, já presentes em nosso Código de Processo Penal⁵⁵, em muito se assemelham com a própria razão de ser da prisão preventiva. Melhor dizendo: elas necessitam de razões semelhantes para serem aplicadas. Das redações dos arts. 282 e 312 do CPP, podemos concluir que sempre o juiz deverá levar em conta a necessidade e adequação para aplicar qualquer medida cautelar (seja ela prisão ou não) na audiência de custódia; necessidade e adequação que, vejamos bem, derivam do próprio princípio da proporcionalidade⁵⁶.

É que o magistrado, visualizando as circunstâncias do flagrante e a situação do possível autor do delito (conforme perguntas formulados pelo juízo como parte do procedimento de audiência de custódia), deverá primeiramente examinar se a medida é, de fato, necessária para o fim que se presta – e qual o fim, na verdade, que ela terá no caso concreto. Como também, verificada a necessidade, é imprescindível aferir qual das medidas cautelares seria mais adequada a atingir esse fim – verificar, por exemplo, no caso de preso em flagrante por lesão corporal, se a melhor forma de garantir a integridade física da vítima, ou mesmo para assegurar a ordem pública, seria a decretação da prisão preventiva ou alguma(s) outra(s) medida(s) cautelar(es) diversa(s) da prisão. O foco é certificar a efetividade de direitos

⁵⁵ “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

[...]

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada, quando, por circunstância relacionada ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica”. BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 3 de abr. 2019.

⁵⁶ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 508.

fundamentais e evitar ao máximo a utilização de cautelar que, no caso concreto, mostrar-se-ia meio excessivo e desnecessário para atingir a finalidade que se busca através da própria cautelar.

Neste sentido, em atenção ao princípio da proporcionalidade e a não antecipação da culpabilidade, a medida cautelar a se, *a priori*, considerada para aplicar quando da prisão em flagrante é, sim, alguma daquelas elencadas no art. 282 do CPP, justamente porque a restrição à liberdade pela prisão deve permanecer como última alternativa em face da presunção de inocência. É claro que, preenchidos os requisitos da prisão preventiva, deverá ela ser decretada. Mas o magistrado, avaliando a gravidade do fato, as circunstâncias da execução do delito, os dados do acusado e o risco de novas investidas⁵⁷, deverá, durante a audiência de custódia, decidir pela aplicação mais proporcional, que não viole a proibição do excesso, que atinja adequadamente o fim que almeja sem, contudo, antecipar um juízo de culpabilidade antes mesmo da existência de uma ação penal. Bem conclui Renato Brasileiro⁵⁸:

É nesse cenário que se avulta a importância das novas medidas cautelares de natureza pessoal introduzidas no CPP pela Lei nº 12.403/11. Ao ampliar o rol de medidas cautelares de natureza pessoal à disposição do juiz criminal (CPP, arts. 319 e 320), a Lei nº 12.403/11 dá concretude ao princípio da necessidade, possibilitando que o juiz natural utilize a prisão cautelar somente na hipótese de imprestabilidade das demais medidas cautelares

⁵⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 508.

⁵⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1117.

4 EFICÁCIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E REPERCUSSÕES NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Desde que a Lei n. 12.403/11 entrou em vigor, as repercussões da prisão em flagrante tomaram rumos mais promissores, já que o preso em flagrante pode, agora, ter concedida a liberdade provisória com a aplicação de medidas cautelares mais pertinentes às peculiaridades do caso; houve, com isso, alternativas ao juiz que não fossem apenas a concessão da liberdade provisória ou a decretação da prisão preventiva.

Com a implementação da audiência de custódia no Brasil, estas mesmas repercussões foram ampliadas na medida em que o magistrado poderia ter, através da presença corpórea do detido, uma visão mais humana da realização de flagrante, possibilitando que a medida cautelar mais adequada fosse aplicada. E não apenas isso: vê-se mais ainda com bons olhos a utilização do instituto, visto que um dos grandes objetivos da audiência de apresentação é apurar casos de abuso e maus tratos quando da efetivação da prisão.

Contudo, apesar de todas essas repercussões promissoras em nossa realidade processual penal, o instituto objeto deste trabalho ainda sofre com críticas severas e dificuldades em sua implementação, apesar de integrar nosso ordenamento jurídico e ser norma de direitos humanos.

4.1 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Não obstante os visíveis benefícios da audiência de custódia como garantia efetiva de direitos e garantias fundamentais, bem como o fato de ser uma tendência irrefutável em todo o mundo – ora, é certo a sua essencialidade dentro de um Estado Democrático de Direito –, o instituto permanece sendo alvo de diversas análises negativas.

O primeiro ponto que se levanta é justamente que seria matéria de Direito Processual, razão pela qual a competência para legislar a respeito seria da União, conforme art. 22, I, da CF. Por este motivo, a Resolução 213/2015 do CNJ, assim como os provimentos dos Tribunais de Justiça, estariam usurpando esta competência, havendo vício formal de legalidade. Sim, a questão da legalidade já fora discutida pelo

Supremo na ADI nº 5420⁵⁹, ficando assentado que o Provimento do TJ/SP não contém vícios, sendo que as disposições administrativas do ato que fora impugnado encontrar-se-iam dentro dos limites da autogestão. Além disso, o art. 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica teria *status* supralegal, legitimando a audiência de custódia em nosso ordenamento jurídico.

Contudo, conforme suscitado, sua legalidade ainda é questionada. Ou, ainda, quando este ponto não é posto em xeque – a legalidade da audiência de custódia por não ter sido objeto de ato legislativo da União, queremos dizer –, o instituto não parece suficientemente impositivo às autoridades brasileiras, conforme alguns doutrinadores entendem, tal qual Pacelli⁶⁰. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, apesar do caráter de norma supralegal, não teria caráter obrigatório, de sorte que nem todos tribunais têm vislumbrado força vinculante na audiência de apresentação, já que tratar-se-ia de mera recomendação do CNJ. Avena⁶¹, por exemplo, explicita que o Tratado Internacional em questão subordina-se à Constituição diante do seu caráter de norma supralegal, até mesmo porque o Texto Maior prevê, em seu art. 5º, LXII, que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz, não estabelecendo obrigatoriedade de sua apresentação à autoridade judicial. Logo, dispõe nossa Constituição Federal tão somente sobre a comunicação da prisão ao magistrado, permanecendo silente sobre a realização de qualquer audiência logo após o flagrante.

Neste raciocínio levado em frente por alguns, a apresentação do preso em flagrante à autoridade judiciária competente é algo meramente facultativo; a tutela deveria estar a cargo da União, motivo pelo qual as autoridades brasileiras só estarão vinculadas quando o Projeto de Lei nº 554/11 tiver encerrado o seu trâmite legal e for promulgada a lei respectiva que altera o Código de Processo Penal para, finalmente, inserir a audiência de custódia na prática judiciária. No momento em que, então, houver lei doméstica que tutele o instituo, as autoridades brasileiras estarão obrigadas ao seu cumprimento.

Outra crítica que se levanta é que seria um direito “adormecido” desde 1992 (quando o Brasil ratificou o Pacto de San José da Costa Rica), mas que, quando

⁵⁹ STF, **ADI 5240**, Ministro Relator Luiz Fux, DJU 02.09.15. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 4 de abr. 2019.

⁶⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 551.

⁶¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1049.

finalmente integrado em nosso ordenamento jurídico, atinge só a um grupo de pessoas, visto estar sendo aplicada apenas em algumas comarcas. Assim, nada mais seria do que um direito individual fundamental puramente seletivo, como assevera Nucci⁶². Para este autor, não é um instituto que torna o processo penal brasileiro nem mais e nem menos democrático; em se tratando de um direito tão básico, deveria, de fato, alcançar todos os presos e ser implantado em todo o Brasil de imediato; não sendo possível, então que não seja garantido a ninguém.

Além disto, feriria também a isonomia o fato de que cada entidade federativa demonstra um “padrão” de resultado distinto. Os juízes de um estado X, após a implantação da audiência de custódia, demonstrou uma queda na taxa da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva muito maior do que o estado Y, por exemplo. Assim, não haveria uma igualdade material, realmente, na medida em que os presos do estado X estariam mais propensos a ter a liberdade provisória concedida (ou então a ter aplicadas medidas cautelares diversas em vez de ver decretada a prisão preventiva).

Enfim, a falta de implantação da audiência de custódia em todas as comarcas – um dos motivos, aliás, de se entender que só haveria obrigatoriedade de sua realização quando pudesse alcançar a todos – levanta críticas ao próprio instituto na medida em que é um direito fundamental a que apenas parcela da população tem acesso. Por isso que há quem sustente que não é um instituto democrático, até porque, conforme fora comentado, a maneira como os magistrados utilizam dele é distinta – a conversão em preventiva dá-se de forma desigual a depender do estado e até mesmo do aplicador do direito.

Muito se questiona também sobre os dados relativos ao comportamento do juiz: antes, muito se prendia; após a audiência de custódia, muito se solta. Para os juristas que a criticam desta forma, teria se instalado um tipo de “audiência de soltura”, se assim podemos denominar. Nucci⁶³ também traz críticas rígidas sobre essa questão:

Observa-se que os defensores dessa audiência apontam números incomuns, demonstrativos da mudança de comportamento dos juízes em basicamente 180 graus: da prisão à soltura, com economia milionária (ou até bilionária) aos cofres públicos. Pensamos que faltava, no Brasil, a audiência

⁶² NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 782.

⁶³ NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 796.

lombrosiana: liberta-se a pessoa simpática ao juiz; mantém-se preso o antipático. Sim, porque todos os dados objetivos (reincidente, primário etc.) já constam dos autos. Faltaria somente ver a “face” do preso.

4.1.1 Dados obtidos desde a implantação da audiência de custódia no Brasil

Desde o início de sua implantação gradual nos entes federativos (desde de 2015, mais especificamente), a audiência de custódia vem sendo objeto de análise frequente de pesquisadores, motivo pelo qual alguns órgãos se empenharam, então, em realizar pesquisas de campo para avaliar a efetividade do instituto. Assim sendo, o presente trabalho enfocará nos dados compilados pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD)⁶⁴ no relatório “Audiências de custódia: Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa” e no seu respectivo Sumário Executivo⁶⁵; nos dados constantes no relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) intitulado “Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento”⁶⁶; nas informações

⁶⁴ Trata-se de organização da sociedade civil de interesse público e que, como o próprio nome sugere, busca fortalecer o Direito de Defesa. Neste diapasão, seu objetivo é esclarecer e fomentar na sociedade e nas instituições do Estado a ideia de que todos possuem o direito a uma defesa digna à luz do princípio da presunção de inocência, ao pleno acesso à justiça, ao devido processo legal e ao cumprimento digno da pena, tudo isso conforme a dignidade da pessoa humana.

⁶⁵ O IDDD firmou parceria com nove estados da federação – com organizações, grupos de pesquisa e pesquisadores independentes – com o intuito de que as audiências de custódia em cada um desses estados fossem acompanhadas com observação presencial. Assim, foi possível uma análise comparativa nas diferentes regiões do país, bem como observar o andamento da implantação do instituto numa perspectiva de êxito nacional. Os dados apresentados no relatório, contudo, dizem respeito apenas aos estados do Ceará (119 audiências), Distrito Federal (93 audiências), Minas Gerais (825 audiências), Pernambuco (100 audiências), Rio de Janeiro (112 audiências) e São Paulo (588 audiências), visto que, nos demais estados, o número de audiências realizadas durante a pesquisa foi muito baixo, em virtude da fase bastante inicial da implementação da audiência de custódia. A proposta metodológica da pesquisa foi desenvolvida pela professora Maíra Machado, sendo o objetivo do trabalho conhecer e documentar o processo de implantação das audiências de apresentação através de dados qualitativos (com relação ao modo de atuar do defensor, do promotor e do juiz, bem como ao próprio ambiente da audiência) e quantitativos.

⁶⁶ O DEPEN utilizou como metodologia para a elaboração do relatório a realização de reuniões/entrevistas com profissionais e entidades envolvidos com a execução e acompanhamento das atividades relacionadas às audiências de custódia em cinco unidades da federação (UF) – São Paulo, Rio de Janeiro, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Distrito Federal; o levantamento e a análise de dados primários e secundários, quantitativos e qualitativos, acerca das audiências em todo o país; o acompanhamento de clipping diário de notícias realizado pela equipe do Depen com matérias de vários veículos de comunicação, inclusive dos portais oficiais dos tribunais referentes às audiências de custódia; e a participação no II Fórum Nacional de Alternativas Penais (Fonape), com o tema “Audiências de Custódia e a Desconstrução da Cultura do Encarceramento em Massa”, realizado entre os dias 24 e 27 de fevereiro de 2016, na cidade de Salvador-BA, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, e que contou com participação de representantes de todos os tribunais estaduais e federais, além de profissionais de outros órgãos do sistema de justiça, da sociedade civil e do Poder Executivo.

presentes no sítio eletrônico do CNJ⁶⁷ e nos dados constantes no Sumário Executivo elaborado por este último órgão, intitulado “Audiência de custódia, prisão provisória e medidas cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra”⁶⁸.

Pois bem. O CNJ realizou levantamento de dados, no início de 2017, em parceria com cada Tribunal de Justiça da Federação a fim de coletar informações acerca da quantidade de presos provisórios no país. O resultado foi que, das 654.372 pessoas detidas no Brasil, 34% delas estão presas provisoriamente. Sendo que, em 14 estados, a maior parte dos presos provisórios estão privados de liberdade há mais de 180 dias (6 meses). Ademais, uma pesquisa já realizada pelo Ministério da Justiça em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontou que, dos casos estudados, 37% das pessoas que responderam ao processo presas sequer foram condenadas à pena privativa de liberdade⁶⁹. Assim, a conclusão a que se chega – devemos adiantar essa crítica – é: dos 34% dos presos provisórios no país, a expectativa é de que 37% deles nem mesmo obterão como resultado da persecução penal a própria prisão, a qual tiveram que se submeter em forma de cautelar.

Até março de 2017, a audiência de custódia já estava sendo realizada em 846 comarcas⁷⁰, e, quando da elaboração do Relatório do IDDD, o país contava com 2740 comarcas. Desde o início da implantação do instituto, já tinham sido realizadas,

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 5 de abr. 2019.

⁶⁸ O Conselho Nacional de Justiça efetuou a pesquisa (com proposta metodológica de levantamento de dados primários e secundários, levando-se em consideração as especificidades locais e as grandezas dos Tribunais) com o intuito de investigar os elementos estruturais e ideológicos que fomentam o uso abusivo da prisão provisória no Brasil. Para tanto, foram realizadas observações diretas em audiências de custódia realizadas em seis estados: Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo. Para orientar a observação das Audiências de Custódia nas seis cidades contempladas na pesquisa, foi elaborado um formulário de coleta, que permitiu a sistematização dos dados gerais e a comparação entre as cidades. Este formulário, por seu turno, devido a elevada quantidade de audiências realizadas, foi preenchido apenas com as informações transmitidas oralmente durante cada audiência – para cada pessoa apresentada, um formulário foi preenchido, buscando coletar informações sobre a pessoa detida, sobre as condições e o andamento da audiência, sobre os pedidos do Ministério Público e da defesa, sobre a decisão do juiz. No total, foram preenchidos 955 formulários.

⁶⁹ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. São Paulo, 2017, p. 75-76. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 5 de abr. 2019.

⁷⁰ INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. São Paulo, 2017, p. 74. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 5 de abr. 2019.

até junho de 2017, 258.485 audiências de apresentação, e 115.497 (44,68%) casos resultaram em liberdade (com ou sem aplicação de medida cautelar diversa da prisão) contra 142.988 (55,32%) casos em que a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva. Ademais, desse total de audiências, em apenas 12.665 (4,90%) das vezes o detido alegou ter sofrido algum tipo de violência no ato da prisão⁷¹.

Destes dados gerais levantados, alguns aspectos específicos sobre determinados estados devem ser considerados para um conhecimento mais “real” dos efeitos da audiência de custódia, mais precisamente no que diz respeito ao percentual da conversão das prisões em flagrantes em prisões preventivas – os dados do CNJ relatados revelaram certa relutância dos magistrados em conceder a liberdade provisória ou aplicação de medidas cautelares diversas. É que, conforme coleta de informações efetuada pelo DEPEN para elaboração do seu relatório, a taxa de conversão do flagrante em prisão preventiva, nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, reduziu consideravelmente após a Lei das Cautelares (nº 12.403/2011), obtendo uma queda ainda maior ainda com o advento do projeto “Audiência de Custódia” lançado pelo CNJ. No Rio de Janeiro, com a entrada em vigor da lei citada, a taxa de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva caiu de 83,8% para 72,3%; ato contínuo, após a implantação da audiência de custódia, a taxa de conversão reduziu para 57%. Nesta mesma cronologia, em São Paulo, a taxa de conversão em preventiva após o flagrante caiu de 87,9% para 61,3% e, depois, para 53%⁷². Contudo, a realidade é bem destoante a depender da entidade federativa⁷³: no Rio Grande do Sul, a taxa de conversão em flagrante, mesmo após audiência de custódia, foi de 84.83%; na Bahia, de 38.75%⁷⁴.

A pesquisa efetuada pelo CNJ junto a seis estados da federação (Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo) também apurou dados interessantes através da observação direta das audiências de custódia: dos

⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 5 de abr. 2019

⁷² DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Brasília, 2016, p. 26. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 5 de abr. 2019.

⁷³ Ter-se-á como base, aqui, os dados colhidos pelo CNJ após a implantação da audiência de custódia em cada estado até junho de 2017

⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 5 de abr. 2019

casos analisados, não foi informada a finalidade daquela audiência para 26% dos presos, e para 49,9% não foi explicado o direito de permanecer em silêncio. Ademais, não foi explicado para 49,7% dos presos o crime que teria motivado a prisão, e, em 25,8% dos casos, o mérito dos fatos foi, ao menos, questionado pelo juiz, não obstante a Resolução 213 do CNJ ser clara ao recomendar que o mérito dos fatos não seja abordado nas perguntas feita ao preso no § 1º do art. 8º⁷⁵.

Apesar de ser um dos grandes objetivos do projeto o combate à tortura, esta mesma pesquisa do CNJ constatou que, em 31,8% dos casos observados, não foi feita uma pergunta sequer ao preso sobre a ocorrência de violência e/ou maus-tratos no ato da prisão. Por outro lado, 21,6% das pessoas detidas declaram ter sido vítima desse tipo de ocorrência; dos casos em que foram relatados os abusos, 71,4% foram atribuídos a polícias militares; 11,2%, à Polícia Civil; 10,19%, a populares⁷⁶.

Contudo, constatou-se também que a presença da escolta durante a audiência de custódia muito provavelmente criaria um ambiente hostil, impedindo que o preso em flagrante denuncie qualquer tipo de agressão que possa ter sofrido no ato da prisão. Em algumas audiências objeto da pesquisa do CNJ, observou-se a presença concomitante na sala, durante a realização da audiência, de 7 policiais militares, e até mesmo de 11 deles⁷⁷.

E não apenas isto. Já sendo a própria audiência um ambiente intimidador para que o preso possa informar que tenha sofrido algum tipo de tortura, o ambiente mais propício para que haja alguma assistência nesse sentido seria o contato com o advogado ou o defensor público, a fim de que sejam dadas as orientações pertinentes. Contudo, conforme levantamento do IDDD, de uma pesquisa realizada com os estados da Pernambuco, Rio de Janeiro, Bahia, Ceará, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Rondônia e Distrito Federal, apenas em Pernambuco e no Rio de Janeiro essa

⁷⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra.** Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 19. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028dfaa4f60f22dd1a2333.pdf>> Acesso em: 6 abril 2019.

⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra** Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 19-20. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028dfaa4f60f22dd1a2333.pdf>> Acesso em: 6 abril 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra.** Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 20. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028dfaa4f60f22dd1a2333.pdf>> Acesso em: 6 abril 2019.

conversa fora, de fato, reservada: no primeiro estado, registrou-se que, em 85,39% dos casos, a entrevista ocorreu em privacidade; já com relação ao segundo estado, esse contato ocorreu também em privacidade em 96,92% dos casos. Contudo, contrastando com o resultado otimista sobre a entrevista reservada entre o detido e o advogado ou defensor público nesses dois primeiros estados, no Ceará e em Minas Gerais, a escolta esteve presente durante a entrevista em 72,06% e 97,45% dos casos, respectivamente⁷⁸.

Aliás, os dados revelam falta de assistência apropriada em momentos anteriores à própria audiência de custódia, ou seja, desde a lavratura do auto da prisão em flagrante. Conforme relatado pelo IDDD, o relatório de monitoramento das audiências em São Paulo mostrou que, em 80% dos casos, a assistência técnica ao detido foi realizada pela Defensoria Pública, enquanto que, em 2%, foi através de advogado *ad hoc*. Significa isto que o preso chega à audiência de custódia sem advogado constituído/particular, levando-nos a uma conclusão: a única forma de assistência adequada seriam plantões da Defensoria nas delegacias de polícia. Corroborar para este raciocínio o levantamento realizado também pelo IDDD com estados parceiros, quais sejam, Ceará, Distrito Federal, Minas Gerais, Pernambuco e Rio de Janeiro, o qual constatou que houve assistência por advogado durante a lavratura do auto de prisão em flagrante nos seguintes percentuais, respectivamente: 4,2%; 6,78%; 12,24%; 1,32%; 3,6%; 4,93%⁷⁹.

4.1.2 Garantia de direitos fundamentais e combate à tortura

A priori, temos que lembrar que a pena de restrição à liberdade é medida excepcional, de sorte que sua aplicação não pode simbolizar a própria antecipação da pena após a prisão em flagrante. Ora, presume-se inocente qualquer indivíduo, sendo considerado culpado, ainda que tenha ocorrido uma situação visual de um possível crime que o indique como provável autor, apenas quando proferida sentença

⁷⁸ INSITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. São Paulo, 2017, p. 28. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 8 de abr. 2019.

⁷⁹ INSITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. São Paulo, 2017, p. 19. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 8 de abr. 2019.

penal condenatória transitada em julgado. É necessário, portanto, toda a persecução penal, com exercício do contraditório e da ampla defesa para, só então, o bem jurídico da liberdade possa sofrer qualquer tipo de restrição. Afinal, mesmo com a ocorrência do flagrante, não raro é provado nos autos alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

Neste sentido, podemos observar, através dos dados presentes neste trabalho, uma significativa efetividade da audiência de custódia em atingir suas finalidades precípuas, quais sejam, a tutela da dignidade da pessoa humana desdobrada na própria proteção à integridade física do indivíduo preso, bem como na presunção de inocência e no devido processo legal.

Por este motivo, faz-se necessário frisar que não se trata de uma “audiência de soltura”. Os dados apresentados pelos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo apresentaram, sim, uma queda na taxa de conversão do flagrante em prisão preventiva não só após a Lei de Cautelares, mas também – e mais importante – após a implementação da audiência de custódia naqueles entes federativos. Só que este resultado – o aumento das pessoas que respondem ao processo em liberdade, com ou sem aplicação de medidas cautelares – foi inevitável.

Antes da Lei de Cautelares, não restava outra alternativa ao juiz, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, senão a concessão da liberdade provisória ou a conversão em prisão preventiva; não havia uma medida intermediária. Com a Lei nº 12.403/11, surgiram novas opções mais razoáveis para o magistrado aplicar de acordo com a peculiaridade de cada caso. Há situações em que, tendo em vista a natureza do delito em tese cometido, seja mais adequado, por exemplo, aplicar a medida cautelar de proibição de acesso ou frequência a determinados lugares. Isso porque as cautelares possuem um objetivo diverso – frise-se – da antecipação da pena definitiva, sendo que, neste exemplo, a restrição de acesso ao local onde teria cometido delito seja suficiente para evitar a prática de novas infrações. Logo, se o preso em flagrante não demonstrar grande risco à paz social, apenas com relação ao local onde teria praticado o crime, não seria razoável utilizar-se da pena privativa de liberdade como medida cautelar, tendo em vista ser ela a *ultima ratio*, cuja aplicação requer sentença penal condenatória transitada em julgado, via de regra.

A queda da taxa de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva após a Lei nº 12.403/11, nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo, foi um resultado inevitável, o qual demonstrou a eficiência dos novos dispositivos processuais em

atingir a sua finalidade substancial. E o mesmo pode ser considerado quando da implementação da audiência de custódia nestes entes federativos.

A mera remessa do auto da prisão em flagrante não se fazia suficiente. Ora, se o flagrante se impõe quando da visualização do crime (necessário que haja, ao menos, a visualização da “chama”), para sua conversão em prisão preventiva far-se-ia necessário que o magistrado pudesse visualizar, com a maior exatidão possível, as circunstâncias do próprio flagrante. Até mesmo porque o art. 282, inciso II, afirma que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se, dentre outros requisitos, as condições pessoais do acusado. Por certo, a papelada da lavratura do auto de prisão em flagrante pouco revela ao juiz quais condições pessoais são as do detido.

E frise-se mais uma vez: se o flagrante pode ser efetuado pela visualização do crime por um leigo, dando-lhe a prerrogativa de restringir a liberdade do suposto autor por 24 horas, a conversão da prisão em preventiva ou concessão da liberdade provisória tem que, impreterivelmente, ter essa mesma visualização por quem de direito possa restringir a liberdade de outrem através de ordem escrita e fundamentada. Ocorre da seguinte forma: o cidadão (ou mesmo agente do poder público) visualiza o crime ou a “chama” dele e prende o possível autor do crime; o juiz, necessariamente, deverá visualizar o ato de prisão para poder mantê-la.

Exatamente por isso que se justifica a queda, nestes mesmos estados, da conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva: o rito foi humanizado e permitiu ao juiz, não mais através de simples análise do auto do flagrante e sim por meio da audiência de custódia, compreender, pela presença física, a medida mais adequada a ser tomada. Ora, a prisão é e sempre será a última opção; havendo outra mais adequada para atingir um fim específico de cautelar, é ela quem deverá ser aplicada.

Logo, não se trata de uma “audiência de soltura”; o que ocorre é que, gradativamente, não está mais se antecipando a culpabilidade, indo de encontro à cultura do encarceramento que assola o país. Inclusive, dentro dos dados acima citados, 34% dos presos provisórios (em estudo realizado pelo Ministério da Justiça em parceria com o IPEA) não foram condenados à pena privativa de liberdade. Beira o absurdo o fato de que o resultado útil do processo é menos gravoso que a própria cautelar em uma parcela considerável dos casos; porém, trata-se de algo previsível frente à cultura do encarceramento que visa antecipar a pena – por julgar-se haver culpabilidade antes mesmo da existência do processo.

Neste diapasão, observa-se, mais uma vez, a primordialidade da audiência de custódia para a garantia da presunção de inocência e do contraditório e da ampla defesa. Salvar ao preso a apresentação corpórea ao juiz quando ocorrer a prisão em flagrante proporciona que a cautelar adequada seja aplicada ao caso, de acordo com as peculiaridades, de sorte que apenas após o trâmite processual, após ser exercido seu direito de defesa e todas as provas que lhe são de direito serem produzidas, seja ele condenado – se for o caso do cometimento de fato típico, ilícito e culpável.

Quanto ao fato de não ter sido a audiência de custódia implementada em todas as comarcas e, por isso, seria um direito fundamental puramente seletivo e não democrático, o qual estava adormecido durante anos, temos que considerar que a obrigatoriedade para o cumprimento deste direito fundamental cabia única e exclusivamente ao Estado. E, ainda que as autoridades brasileiras tenham permanecidas omissas por décadas, nenhum sujeito perde um direito fundamental ou seu direito de exercê-lo.

Finalmente iniciada a implementação do instituto em nossa realidade processual, gradativamente os entes federativos estão abrangendo todas as comarcas; e, se não o fazem por ineficiência, a morosidade estatal não pode prejudicar o direito de quem pode exercê-lo pelo fato de que o Estado não garante este mesmo direito a outrem. Não raro, pessoas que vivem em locais mais distantes do centro metropolitano veem-se prejudicadas por não possuírem acesso adequado à saúde e à educação, mas, nem por isso, retira-se estes direitos daqueles que o podem usufruir. Assim, o direito de ser apresentado ao juiz competente não pode ser tolhido de quem já o tem como realidade pelo motivo de que este mesmo direito não é garantido em todas as comarcas. O descumprimento da norma advém da omissão e morosidade de Poder Público, a ele incumbindo – urgentemente, devemos asseverar – o cumprimento do dever legal.

No que concerne ao combate à tortura, os resultados apresentados são, de fato, desanimadores, já que a média nacional dos relatos de abuso e maus-tratos no ato de prisão em flagrante é de menos de 5% dos casos. Pode-se atribuir tal resultado ao ambiente ainda intimidador da audiência, com a presença de policiais e ao fato de que o comportamento mais “agressivo” por parte da polícia seja considerado como algo comum.

Entretanto, é exatamente por esta razão que a audiência de custódia se faz imprescindível para a garantia da integridade física e psicológica do preso: como visto, não há assistência adequada ao preso em momentos anteriores à audiência de apresentação. Não há, senão na audiência de custódia (a qual cria um espaço de escuta da pessoa), uma possibilidade mais concreta de abusos e maus-tratos serem denunciados; apenas o auto da prisão em flagrante não permite que o magistrado avalie hipóteses de tortura. Tem-se que levar em consideração, inclusive, que, ainda que o preso não denuncie a possível violência sofrida, muitas vezes o juiz consegue visualizar marcas no corpo de indivíduo e, desta forma, pode tomar as providências necessárias para que seja dado início a uma investigação de maus tratos no ato de prisão em flagrante.

4.2 ILEGALIDADE DA CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA SEM A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O instituto em pauta tornou-se, pois, elemento essencial na fase pré-processual – já que, quando da prisão em flagrante, sequer houve denúncia do Ministério Público para que haja um processo propriamente dito – para a garantia dos direitos fundamentais do preso, seja para assegurar sua integridade física ou para salvaguardar o direito de ter uma cautelar proporcional e adequada ao caso à luz da presunção de inocência e do devido processo legal.

Por esta razão, a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem a efetuação da audiência de apresentação é absolutamente ilegal, gerando a sua nulidade. Expliquemos. Primeiro porque há normas que determinam a necessidade de sua realização, razão pela qual discordamos das críticas com relação ao fato de que o instituto em comento não goza de obrigatoriedade pelo fato de que a competência para legislar sobre direito processual pertence à União. Se se trata de norma supralegal e integrante do nosso ordenamento jurídico, ela deverá ser considerada como de observância obrigatória, até mesmo porque a literalidade do texto normativo presente no art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é completamente impositivo no que concerne à realização da audiência de custódia.

Ora, conforme já fora comentado a respeito, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é um tratado internacional que versa sobre direitos humanos e,

conforme preleciona Flávio Piovesan⁸⁰, tem este pacto hierarquia constitucional à luz do que determina o art. 5º, § 2º, da Carta Magna, a qual dispõe que os direitos e garantias previstos em nossa Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Logo, por este entendimento, a previsão para a realização da audiência de custódia no Pacto de San José da Costa Rica é um mandamento constitucional, revogando todas as disposições infraconstitucionais contrárias.

Contudo, ainda que a compreensão seja pelo caráter não constitucional do instituto, a imprescindibilidade de sua realização permanece. Expliquemos: conforme bem discorre Tércio Sampaio⁸¹, quando os tratados e convenções internacionais integram nosso ordenamento jurídico (neste caso, porque fora ratificado em 1992), eles adquirem *status* legal, imperando como leis internas de tal forma que revogam leis ordinárias através da *lex posterior* em caso de incompatibilidade; mas, devido à hierarquia, não podem contrariar as normas constitucionais.

Em assim sendo, de uma forma ou de outra – tratando-se de mandamento constitucional ou infraconstitucional –, nada mais é o art. 7.5 da Convenção do que uma norma integrante do nosso ordenamento jurídico, sendo ela válida (tendo em vista a sua compatibilidade com as leis internas); vigente; e que está apta para produzir efeitos. As décadas de inaplicabilidade foram resultado da omissão do poder público.

O diploma processual penal, de fato, não traz a audiência de custódia em sua literalidade, apenas determina a remessa do auto de prisão em flagrante para que o juiz decida sobre ela. Contudo, não há uma incompatibilidade sequer entre o que dispõe a Convenção e o Código de Processo Penal, tampouco contraria a Constituição Federal; há, isto sim, uma ampliação das garantias individuais do preso.

Ademais, há mandamentos oriundos de tratados internacionais que seriam, *a priori*, de competência legislativa da União que, na verdade, vigoram no país com a devida imperatividade. É o caso, por exemplo, da prisão civil do depositário infiel, matéria de Direito Civil e que seria de competência privativa da União para legislar a respeito. Apesar de nossa legislação, em caráter constitucional e infraconstitucional,

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 76.

⁸¹ JUNIOR, Tércio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 196.

prever a prisão civil do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal⁸² decidiu tratar-se de mandamento ilícito à luz do que determina o art. 7.7 do Pacto de San José da Costa Rica. Aliás, vale aqui reproduzir um dos precedentes que embasaram a Súmula Vinculante 25 do STF:

(...) diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na CF/1988, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da CF/1988 sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não foi revogada (...), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao PIDCP (art. 11) e à CADH — Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, LXVII, da CF/1988, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.
[RE 466.343, voto do rel. min. Cezar Peluso, P, j. 3-12-2008, DJE 104 de 5-6-2009, Tema 60.]

Assim, não há sentido em atribuir esse “poder” normativo ao Pacto de San José da Costa Rica no que diz respeito à prisão civil por dívida do depositário infiel, matéria de direito civil, e não fazer o mesmo com relação à audiência de custódia, matéria de direito processual. Até porque não há, conforme já dito, incompatibilidade entre o que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (e também entre a Resolução n. 213/15 do CNJ), e a Constituição Federal e o Código de Processo Penal. No caso da prisão civil do depositário infiel, havia norma infraconstitucional incompatível com o Pacto de San José da Costa Rica, fazendo-se necessário o controle de convencionalidade a fim de que a eficácia dessa norma ficasse paralisada; no contexto da audiência de apresentação, sequer há dispositivo a ser paralisado. Ademais, assim adverte Vanessa Oliveira Batista⁸³:

As obrigações internacionais de proteção têm amplo alcance e vinculam diretamente os poderes do Estado, além de comportarem o dever de se

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 10 de abr. 2019.

⁸³ BATISTA, Vanessa Oliveira. **Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343>. Acesso em: 10 de abr. 2019.

adequar o direito interno às normas convencionais de proteção. O descumprimento dessas obrigações leva à responsabilidade internacional Estado, por atos ou omissões, seja do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Apesar disto tudo, o STJ vem reiteradamente entendendo que a ausência da realização da audiência de custódia após a prisão em flagrante não gera a nulidade da prisão preventiva decretada quando respeitados todos os direitos e garantias presentes na Constituição e no diploma processual, conforme é possível observar em um dos julgados recentes:

[...] a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante **(grifo nosso)**
(HC n. 344.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/4/2016).
<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339886445/habeas-corpus-hc-344989-rj-2015-0314333-8/inteiro-teor-339886460?ref=juris-tabs>

Tal entendimento, por outro lado, defendemos como equivocado. É que, conforme discorrido, trata-se de norma de direitos humanos, a qual faz integrar em nosso ordenamento jurídico a audiência de custódia. Sendo, portanto, norma válida, vigente e apta a produzir efeitos, cria obrigação ao poder público para a implementação do instituto.

A audiência de custódia integra nosso conjunto de leis, trazendo uma etapa procedimental a ser cumprida e visando, primordialmente, a garantia da integridade física do preso, bem como salvaguardar a presunção de inocência e o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ora, sua não realização traz prejuízo claro ao detido na medida em que não ocorreu a visualização por parte do juiz do ato de prisão em flagrante, de maneira tal que a ausência da apresentação corpórea não permitiu a averiguação de possíveis abusos e maus tratos – como vimos, esse é o momento mais propício para tanto –, tampouco proporcionou a análise das condições pessoais do suposto autor do crime.

Logo, por ser disposição impositiva ao poder público e sendo formalidade essencial de ato processual, vemos como passível de nulidade a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva sem a prévia realização da audiência de custódia,

tal qual disposto no art. 564, inciso IV, do CPP⁸⁴ o qual dispõe que ocorrerá nulidade no processo penal por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato. Ora, a audiência de custódia integra o nosso ordenamento jurídico através da Convenção Americana sobre Direitos Humanos como norma supralegal, de sorte que compõe etapa imprescindível na fase pré-processual após a prisão em flagrante. Ademais, entendemos também cabível a impetração de *habeas corpus* pelo constrangimento ilegal e privação da liberdade de locomoção pela ilegalidade da conversão em preventiva sem a realização do procedimento legal devido.

⁸⁴ “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”. BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 11 de abr. 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, é possível verificar que a audiência de custódia ainda tem muito a que aperfeiçoar em nossa realidade processual penal. Durante anos, enfrentamos a cultura punitivista, a qual desembocou, por todo esse tempo, em um encarceramento demasiado e desnecessário.

O instituto objeto deste estudo demonstra-se como um passo humanizado, que visa a aplicação adequada da medida cautelar conforme cada caso concreto; a pena privativa de liberdade é, e sempre será, a última opção, razão pela qual, quando a prisão em flagrante, ela deverá ser decretada apenas se nenhuma outra cautelar for cabível.

Principalmente no que diz respeito à cronologia do Rio de Janeiro e de São Paulo sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, os resultados foram animadores e revelaram a eficácia da audiência de apresentação na tutela de alguns dos direitos essenciais ao homem enquanto tal: presunção de inocência e devido processo legal.

Trata-se de um procedimento cuja aplicação demanda esforços do poder público: gradativamente, está sendo implementada em todas as comarcas. Contudo, de fato, muitos indivíduos ainda não são abarcados por esta garantia, o que denota morosidade das autoridades brasileiras em fazer cumprir um mandamento legal.

Neste sentido, o descumprimento do que dispõe o art. 7.5 do Pacto de San José da Costa – e, conseqüentemente, da Resolução nº 213/2015 – revela manifesta ilegalidade. Viu-se que tal norma goza de imperatividade e não há incompatibilidade entre o seu dispositivo e a nossa Constituição Federal – tampouco há contradição com nossa legislação infraconstitucional –; tanto é necessário que a audiência de custódia seja efetuada após a prisão em flagrante que, na ADPF 347, o Supremo reconheceu o “estado inconstitucional das coisas”, mandando que ela fosse implementada no país em 90 dias.

Além do mais, a obrigatoriedade de norma da Convenção Americana sobre Direitos Humanos já foi outrora reconhecida quando da paralisação da norma interna que permitia a prisão civil por dívida do depositário infiel através do controle de convencionalidade. Logo, o art. 7.5 deve ser considerado tão contundente quanto aquele que proíbe a prisão do depositário infiel; ambos são dispositivos que versam sobre direitos humanos. Desta forma, por ser a audiência de custódia norma que

estabelece procedimento essencial para a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, a ausência de sua realização é ilegal, devendo ser impetrado habeas corpus em favor do detido diante da nulidade do ato de conversão, por força do art. 564 do CPP.

É certo que a audiência de apresentação ainda não atingiu os patamares desejados: no cenário nacional, apenas em 5% dos casos houve relato de tortura, além de que a escolta policial muitas vezes está presente no momento da realização da audiência. A cultura do encarceramento e da antecipação da culpabilidade ainda está bem presente – até mesmo porque estima-se que 37% dos presos provisórios sequer serão condenados à pena privativa de liberdade, conforme visto –, contudo, a audiência de custódia é, sem sombra de dúvidas, um meio necessário para tutelar a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **Da necessidade de interação das normas de direitos fundamentais com a normativa internacional no estado contemporâneo**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1343>. Acesso em: 10 de abr. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 2 de abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 de mar. 2019.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em de 5 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 10 de abr. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.620 de 2016**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=823AE1ECF755E362DFF5159A59F4DE53.proposicoesWebExterno2?codteor=1514470&filenome=PL+6620/2016>. Acesso em: 20 de mar. de 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Tibi Vs. Ecuador**, 2004. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 30 de mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra**. Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/02/c54ef9cb07028dfaa4f60f22dd1a2333.pdf>> Acesso em: 6 abril 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Audiência de custódia**. Brasília, 2016. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 30 de mar. 2019

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mapa de Implantação da Audiência de Custódia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 5 de abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_213_15122015_23112018141721.pdf>. Acesso em: 22 de mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Termos de Adesão ao TCOT 007/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/documentos>>. Acesso em: 22 mar 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Implementação das audiências de custódia no Brasil: análise de experiências e recomendações de aprimoramento**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap/fortalecimento-da-politica/implementacaodasaudienciasdecustodianobrasilanalisedeexperienciaserecomendacoesdeaprimoramentorevisado.pdf>>. Acesso em: 5 de abr. 2019.

GARCIA, Rafael. A audiência de custódia e o sentido histórico e político jurídico do habeas corpus. In: XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF, 26, 2017, Brasília. **Anais....** Brasília: CONPEDI, 2017, p. 76-92. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/roj0xn13/9t8274u3/7D6jrNRVTtrHY4NW.pdf>>. Acesso em: 27 de mar. 2019.

GONÇALVES, Rafaela. Da audiência de custódia e seu impacto no processo penal brasileiro. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 44, p. 39-55, 2016.

INSITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Panorama Nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 5 de abr. 2019.

INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS CLINIC. **Brazil's custody hearings project in context: the right to prompt in-person judicial review of arrest across OAS member states**. Harvard Law School. 20 out 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/240a7b971d0b162c3c9a233ba2cb4b6d.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

JUNIOR, Tercio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1218.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSAÚ, Guilherme. A História do Habeas Corpus no Direito Brasileiro e Português. **Revista Ágora**, Vitória, n. 7, 2008, p. 1-33. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br/bitstream/123456789/912/1/A%20Hist%C3%B3ria%20do%20Habeas%20Corpus%20no%20Direito%20Brasileiro%20e%20Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 26 de mar. 2019.

MELO, Raphael. **Audiência de custódia no processo penal**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2005.

NUCCI, Guilherme. **Curso de Direito Processo Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PONTES de MIRANDA. **História e prática do habeas-corpus**. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1955.

STF, **ADI 5240**, Ministro Relator Luiz Fux, DJU 02.09.15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 21 de mar. 2019.

STF, **ADPF 347**, Ministro Relator Marco Aurélio. DJU 9.9.2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/pp%204.pdf?d=636685514639607632>>. Acesso em: 22 de mar. 2019.